



Expediente: 11001-03-15-000-2023-01705-01
Demandante: Diego Vásquez Contreras

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA PLENA

Magistrado Ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 11001-03-15-000-2023-01705-01
Referencia: Pérdida de investidura
Demandante: Diego Vásquez Contreras
Demandado: Jairo Alberto Castellanos Serrano

Temas: La regla jurisprudencial invocada para definir el alcance de la destinación indebida de dineros públicos (que no comparto) fue modificada sin advertirlo expresamente y sin justificarlo.

Aclaración de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

Comparto la decisión de negar la pérdida de investidura porque no se demostró la destinación indebida de dineros públicos, ni el tráfico de influencias imputados al Congresista demandado. En relación con la indebida destinación de dineros públicos, reitero que esa conducta debe ser interpretada restrictivamente y que el Consejo de Estado desconociendo el principio de legalidad le ha dado a ella un alcance que no tiene¹.

El Consejo de Estado, rebasando el texto de la norma constitucional, ha determinado supuestos fácticos en los cuales se configura la indebida destinación de dineros públicos: particularmente ha señalado que la asignación a los miembros de la unidad legislativa de trabajo (en adelante, "UTL") del congresista de labores que no le corresponden estructura incurrir en esta causal. A pesar de que en el presente caso es evidente que se presenta dicha situación fáctica, la sentencia concluye que no se estructura la causal porque no se demostraron presupuestos que no se habían exigido en los casos anteriores en los cuales, por conductas similares, se decretó la pérdida de investidura del congresista demandado. La conducta que en casos anteriores se consideró como constitutiva de pérdida de investidura, en este caso se califica simplemente de <<reprochable>>.

¹ Mi posición en relación con la jurisprudencia del Consejo de Estado que le da a la indebida destinación de dineros públicos un alcance que no tiene, está expuesta en la sentencia del 10 de mayo de 2022, radicación No 11001-03-15-000-2019-00771-01, por lo cual en este aspecto me remito a lo expresado en dicha providencia.



Resalto esta circunstancia porque evidencia lo grave que resulta la construcción jurisprudencial, caso a caso, de causales por las cuales se decreta la pérdida de investidura de los congresistas. Y revela la importancia de respetar el principio de legalidad y aplicar esta grave sanción solo en los casos en los que pueda inferirse que la conducta del congresista tipifica la prevista de manera taxativa en la disposición constitucional que la consagra.

En este fallo se están desconociendo las reglas jurisprudenciales que se invocan en el mismo, sin que ello se advierta expresamente y sin que se justifiquen las excepciones que se introducen. Si el Consejo de Estado hubiese aplicado la línea jurisprudencial (que no comparto), en la cual se estima que la asignación de labores distintas a los miembros de la UTL que impliquen algún provecho para el congresista constituye indebida destinación de dineros públicos, debería haberse declarado la pérdida de investidura en este caso, tal y como lo indica el consejero Omar Barreto Suárez en su salvamento de voto.

Advertí en la Sala que si se estaban introduciendo excepciones a la regla jurisprudencial anterior, debían expresarse de manera clara y, sobre todo, debían justificarse. La respuesta del ponente en el debate fue señalar que debíamos partir de los hechos para decidir los casos, sin necesidad de establecer reglas jurisprudenciales y que, en este caso, atendiendo la conducta específica imputada al congresista y a consideraciones de equidad no podía deducirse que había incurrido en <<indebida destinación de dineros públicos>>.

No estoy de acuerdo con esta concepción del derecho a la cual la doctrina se refiere como el <<decisionismo>> o <<justicia del caso>>, de acuerdo con la cual <<el caso concreto, tal y como se presenta ante el juzgador trae ya consigo unos datos estructurales que pueden guiar la “precompresión” de este y dirigir su mirada hacia una solución normativa que no se hallaría si no estuviera en presencia de él>>². Creo que el imperativo constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley reclama la aplicación de reglas claras y similares para todos; por tal razón si el Consejo de Estado considera —en serio— que puede construir jurisprudencialmente causales de pérdida de investidura y con base en ellas imponer esta gravísima sanción a los Congresistas debe enunciarlas de manera clara y aplicarlas de manera uniforme a todos los casos.

Del mismo modo, cuando el Consejo de Estado establezca excepciones a una regla jurisprudencial o introduzca condiciones que no había exigido en los casos anteriores debe advertirlo (principio de transparencia) y debe justificarlo. Omitir estos deberes evidencia que el Consejo de Estado está definiendo, en cada

² Laporta Francisco. El imperio de la ley, una visión actual. Madrid: Editorial Trotta, 2007.



caso, cuándo se configura esta causal de pérdida de investidura. Y eso viola el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos en la aplicación de la ley.

Hago, primero, una referencia al decisionismo y a la necesidad de aplicar un criterio de universalidad en las decisiones judiciales y, luego, muestro cómo en este caso la decisión adoptada carece de justificación y presupone la adopción de una regla general cuyo tenor no fue discutido para determinar si la Sala está dispuesta a aplicar la nueva en casos posteriores.

I.- El decisionismo que conduce a la arbitrariedad

1.- Creo que cuando se opta por resolver un caso sin detenerse a pensar **(i)** cómo se han fallado los casos anteriores, **(ii)** por qué este caso va a fallarse de modo distinto y **(iii)** si la Sala está dispuesta a introducir las mismas excepciones en casos futuros, se está desconociendo el deber constitucional de tratar a todos los ciudadanos conforme con la ley. Y reitero que ello refleja el grave problema que genera definir <<jurisprudencialmente>> las causales de pérdida de investidura.

2.- Francisco Laporta, en la obra antes citada, señala que no tiene lógica pensar que a partir del caso concreto pueda inferirse la decisión judicial. Ello es particularmente cierto cuando se determina si quien obra de determinada manera debe ser objeto de una consecuencia jurídica sancionatoria prevista en una disposición legal: <<un caso tiene siempre dos componentes básicos: un estado de cosas que se da en el espacio- tiempo (actos, acciones, conductas, situaciones, etc.) y una pregunta sobre si tal estado de cosas está prohibido o merece una sanción. Si las cosas son así, parece impensable que los casos concretos traigan consigo la propia solución normativa (...) lo que soluciona el problema no es el caso individual, sino la consecuencia que la norma estipula para él>>. Y el mismo autor precisa que la equidad no puede confundirse con la decisión subjetiva de los casos, porque ella sirve para corregir los eventos en los que la aplicación de la disposición legal es injustificada y opera como una <<rectificación de la justicia legal>>: <<La causa de ello es que toda ley es universal y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal; la equidad es concebida como una forma de justicia que no es ajena a las reglas sino que pretende ir más allá de ellas en algún momento>>³.

3.- Atienza advierte que las teorías de la argumentación se oponen <<al decisionismo metodológico (las decisiones jurídicas no se pueden justificar porque son puros actos de voluntad)>>: a <<la opinión de que los jueces no justifican (ni podrían justificar propiamente) sus decisiones, sino que las toman

³ Cfr. Laporta, op. cit., p. 119.



de forma irracional —o arracional—, y posteriormente las someten a un proceso de racionalización. (...) Es imposible que, de hecho, las decisiones se tomen, al menos en parte, como ellos sugieren, es decir, que el proceso mental del juez vaya de la conclusión a las premisas e incluso que la decisión sea, sobre todo, fruto de prejuicios; pero ello no anula la necesidad de justificar la decisión, ni convierte tampoco esta tarea en algo imposible>>⁴.

4.- Oponiéndose al decisionismo, el profesor Neil MacCormick exige que se aplique el principio de universalidad en los siguientes términos:

<<De acuerdo con el requisito de universalidad, es necesario que el operador jurídico (el juez), cuente al menos con una premisa que sea la expresión de una norma general o de un principio (la premisa mayor del silogismo judicial). Para justificar una determinada decisión (d) — explica Atienza—, hay que ofrecer razones particulares, (A), (B), (C), en favor de la misma, pero tales razones particulares no son suficientes; se necesita además un enunciado normativo general que indique que siempre que se den las circunstancias A, B, C, debe tomarse la decisión (d).

(...) MacCormick llama al requisito de universalidad “exigencia de justicia formal” y coincide en lo esencial con la tesis de otro teórico de la argumentación llamado Chaim Perelman, cuya tesis es conocida como la “regla de justicia formal”. Para MacCormick, esta regla tiene un alcance que se extiende tanto hacia el pasado (un caso presente debe decidirse de acuerdo con el mismo criterio utilizado en casos anteriores) como, sobre todo, hacia el futuro⁵>>⁶.

5.- Humberto Ávila al referirse a la interdicción de la arbitrariedad anota:

<<Las reglas existentes y las decisiones adoptadas hoy vinculan el ejercicio del poder mañana, a no ser que algo justifique el cambio. En ese sentido es el principio de igualdad en su dimensión temporal el que impregna la exigencia del mantenimiento futuro de decisiones pasadas: si hoy no existe una razón justificadora del cambio, han de mantenerse en el futuro las decisiones pasadas, pues, de lo contrario, o no deberían haber sido adoptadas, por falta de justificación, o, en el caso de haber justificación y persistiendo ésta en el tiempo, no puede modificarse la decisión. La vinculabilidad del derecho repercute, así, sobre el contenido del derecho futuro permitiendo que el ciudadano pueda conocer que el derecho del mañana si no hay razones que justifiquen un cambio será igual al de hoy>>⁷.

II.- La decisión adoptada en el caso concreto

⁴ Cfr. Atienza, Manuel. Las razones del derecho: la teoría de la argumentación. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 6 y 7.

⁵ ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 142

⁶ Lara Chayogán, Rodrigo. El principio de universalidad en el razonamiento jurídico. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México.

⁷ Ávila, Humberto. Teoría de la seguridad jurídica. Biblioteca de cultura jurídica. Marcial Pons, Madrid 2012, p. 530.



a.- Los hechos imputados sobre cuya ocurrencia no existe discusión

6.- Se lee en la sentencia objeto de la aclaración que el demandante:

<<Aseguró que el congresista, en lugar de pagar los servicios profesionales a un abogado, otorgó poder especial a su asesora grado 1 de la unidad de trabajo legislativo- UTL, María Camila Rivera López, para que asumiera la defensa técnica en el mencionado proceso disciplinario.

Alegó que la UTL de los congresistas *“se pagan de nuestros impuestos”* y su finalidad es cumplir funciones exclusivamente legislativas, *“no para hacer favores personales a los senadores y representantes, y menos para que ejerzan como abogados”* para la defensa de aquellos.

Indicó que a la señora María Camila Rivera López le reconocieron personería para actuar en el precitado proceso disciplinario, y agregó que el congresista es abogado, por lo que fue plenamente consciente de la falta cometida.

Anotó que el congresista utilizó indebidamente los recursos públicos y aprovechó su investidura para evitar pagar un abogado y, en su lugar, emplear a la asesora legislativa para que ejerciera la defensa técnica en el proceso disciplinario, cuando los asesores legislativos son funcionarios públicos y deben dedicarse exclusivamente a tareas legislativas>>.

b.- La regla jurisprudencial de la indebida destinación de recursos públicos que se invoca en la sentencia.

7.- Se lee en las consideraciones del fallo objeto de esta aclaración:

<<El numeral cuarto del artículo 183 de la Constitución Política establece que los congresistas perderán su investidura por indebida destinación de dineros públicos. Frente a esta causal, **la Corporación ha dicho que no está definida en la Constitución ni en las normas legales que regulan el ejercicio de la acción de pérdida de investidura y por ello ha explicado que se configura cuando el elegido destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, la ley y los reglamentos, como ocurre en los siguientes casos**⁸: a.)- cuando destina los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados; b) cuando los destina a objetos, actividades o propósitos autorizados, pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados; **c) cuando aplica los dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento; d) cuando esa aplicación se da para materias innecesarias o injustificadas; e) cuando la destinación tiene la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, y f) cuando la destinación tiene la finalidad de derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceros.**

⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 3 de octubre de 2000. C.P. Darío Quiñones Pinilla. Expedientes AC 10529 y AC 10968.



(...)

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación ha señalado que el énfasis interpretativo de la causal no se fija sobre la expresión “*dineros públicos*”, sino sobre la forma en que puede llevarse a cabo su correcta destinación⁹, por lo que ha sostenido que la indebida utilización de dineros públicos se produce de dos formas, a saber, directa, cuando el congresista actúa como ordenador del gasto y destina indebidamente el dinero, bien sea para obtener finalidades particulares o para destinarlo a fines distintos, **e indirecta, cuando la conducta del congresista propicia una destinación distinta a pesar de que el gasto fue debidamente ordenado**¹⁰. Por lo tanto, en esta causal puede incurrir no solo el ordenador del gasto, sino todo congresista cuando cambia la destinación de los recursos públicos¹¹.

Precisado cuando los congresistas pueden incurrir en indebida destinación de dineros públicos, se recuerda que, para que se configure la causal, deben estar reunidos los siguientes requisitos¹²:

- (i) Que se ostente la condición de congresista.
- (ii) Que se esté frente a dineros públicos, es decir, que provengan de una actividad económica del Estado.
- (iii) Que los dineros públicos sean indebidamente destinados>>.

c.- La inaplicación de la regla anterior en el presente caso

8.- Las consideraciones que se exponen para absolver al Congresista en este caso son las siguientes:

<<(iii) La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que un congresista puede incurrir de manera indirecta en una indebida destinación de dineros públicos cuando a los funcionarios que conforman su UTL les encarga el desarrollo de actividades que no corresponden a una naturaleza legislativa¹³, y ello es así, porque el pago que recibe el funcionario de la UTL se justifica por el cumplimiento de funciones legislativas>>.

De conformidad con lo dicho, **si bien la Sala advierte que es reprochable** que el Congresista haya dado poder a una de las funcionarias que conforman su UTL para que se notificara de un asunto personal, también advierte que este hecho no comporta una indebida destinación de dineros públicos, por cuanto, conforme con lo probado en este proceso, **no se advierte que a la abogada María Camila Rivera López se le haya encargado de manera reiterada o periódica el**

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de noviembre de 2001. C.P. Ligia López Díaz. Expediente radicación nro. 2001 010101.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de febrero de 2017. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Expediente radicación nro. 11001 03 15 000 2015 01564 00. Acumulado.

¹¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 20 de septiembre de 2011. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Expediente radicación nro. 11001 03 15 000 2010 01357 00.

¹² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de marzo de 2017. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Expediente radicación 11001 03 15 000 2015 00111 00.

¹³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de julio de 2015. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Expediente radicación nro. 11001 03 15 000 2012 01350 00.



desarrollo de actividades de tipo personal en beneficio del congresista aquí acusado, o designado labores de esta misma naturaleza **que ocuparan parte relevante de su horario laboral y, en consecuencia, se evidenciara o acreditara que dicha funcionaria no ha cumplido funciones de tipo legislativo que justificaran su retribución económica como miembro de la UTL.**

En otras palabras, si bien es reprochable que el congresista haya conferido un poder para que una funcionaria de la UTL acuda a notificarse personalmente de un auto de apertura de una investigación disciplinaria que se adelanta en su contra, ello no configura una indebida destinación de dineros públicos, **dado que no se probó que la servidora de la UTL haya dejado de atender las tareas propias de la función legislativa por las que percibe la contraprestación económica>>.**

9.- Las excepciones que se incluyen en las consideraciones anteriores no están previstas en la regla jurisprudencial invocada sobre el alcance de esta causal, con base en la cual se venía decretando la pérdida de investidura y en este caso simplemente se estima que la conducta del congresista es solo <<reprochable>>. En los casos anteriores no se exigía probar que las labores que el funcionario de la UTL desarrolle en beneficio del congresista sean <<reiteradas>>, que ocupen <<parte relevante de su horario laboral>>, ni se exigía la prueba de que dicha funcionaria <<haya dejado de atender las tareas propias de la función legislativa por las que percibe la contraprestación económica>>. Tal y como lo indica doctor Barreto Suárez en su salvamento de voto, <<es claro que el señor Jairo Alberto Castellanos Serrano es senador de la República y de acuerdo con la jurisprudencia pacífica del Consejo de Estado, el pago de la nómina de empleados son dineros públicos que hacen parte del ciclo presupuestal en el componente de gastos de funcionamiento>>.

c.- La ratio de la decisión que se adopta en la sentencia

10.- En la Sala advertí que la ratio de esta decisión que debió analizarse antes de aplicarla es la siguiente:

Los congresistas incurren en indebida destinación de dineros públicos cuando les asignan a los funcionarios de su UTL la realización de labores que no son propias de su cargo, incluso si son privadas del congresista, que implican un beneficio patrimonial para este. Sin embargo, para que prospere se estructure la causal de pérdida de investidura será necesario acreditar:

a.- Que el servidor de la UTL haya dejado de atender las tareas propias de la función legislativa por las que percibe la contraprestación económica.



Expediente: 11001-03-15-000-2023-01705-01
Demandante: Diego Vásquez Contreras

b.- Que las labores desarrolladas por el funcionario hayan ocupado <<parte relevante de su horario laboral>>.

c.- Que la conducta del congresista sea <<reiterada o periódica>>

Los aspectos relativos a la <<relevancia> y a la <<reiteración>>, serán determinados en cada caso por el Consejo de Estado.

11.- No solo resalto lo problemático de aplicar una regla como la anterior. Lo que pregunto es si el Consejo de Estado, que no aplicó estos criterios en los casos pasados, está dispuesto a aplicarlos en los futuros.

Fecha *ut supra*,

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado